



Autorité de protection des données
Gegevensbeschermingsautoriteit

Avis n° 32/2021 du 18 mars 2021

Objet : Avis relatif à une proposition de loi *visant à permettre des tests de situation en vue de lutter contre toutes formes de discriminations* (CO-A-2021-019)

L'Autorité de protection des données (ci-après l' "Autorité") ;

Vu la loi du 3 décembre 2017 *portant création de l'Autorité de protection des données*, en particulier les articles 23 et 26 (ci-après "la LCA") ;

Vu le Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 *relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la Directive 95/46/CE* (Règlement général sur la protection des données, ci-après "le RGPD") ;

Vu la loi du 30 juillet 2018 *relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel* (ci-après "la LTD") ;

Vu la demande de Madame Éliane Tillieux, Présidente de la Chambre, reçue le 27/01/2021 ;

Vu le rapport de Madame Alexandra Jaspard, Directrice du Centre de Connaissances de l'Autorité de protection des données ;

Émet, le 18 mars 2021, l'avis suivant :

I. OBJET DE LA DEMANDE D'AVIS

1. Le 27/01/2021, Madame Éliane Tillieux, Présidente de la Chambre, a demandé l'avis de l'Autorité concernant la proposition de loi *visant à permettre des tests de situation en vue de lutter contre toutes formes de discriminations* (ci-après : le Projet).
2. L'auteur du Projet affirme que malgré la législation existante en la matière, la discrimination reste encore trop souvent impunie. Les problèmes se situent généralement au niveau de l'administration de la preuve, et ce alors qu'un régime de partage de la preuve favorable à la victime est prévu.
3. Le Projet vise donc à inscrire explicitement dans la législation que les résultats de tests de situation – organisés de manière loyale et non provocante – permettent de présumer une discrimination dans le chef de son auteur qui pourra s'en justifier. L'auteur du Projet souligne toutefois qu'il s'agit en l'espèce d'éléments de preuve civile et qu'il appartiendra donc toujours aux juges d'apprécier souverainement la fiabilité des éléments qui leur sont soumis et, en particulier, la manière dont les tests de situation ont été réalisés.

II. EXAMEN QUANT AU FOND

4. Conformément au Projet, le premier alinéa respectivement de l'article 30, § 3 de la loi du 30 juillet 1981 *tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie*, de l'article 33, § 3 de la loi du 10 mai 2007 *tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes* et de l'article 28, § 3 de la loi du 10 mai 2007 *tendant à lutter contre certaines formes de discrimination* est complété par un point 4°, libellé comme suit :
"4° le résultat d'un ou plusieurs tests de situation qui révèle(nt) un traitement différent."
5. Les paragraphes concernés sont en outre complétés par les deux alinéas suivants :
"Le test de situation visé à l'alinéa 1^{er} peut être réalisé par la présence physique de testeurs ou par toute autre voie numérique ou analogique. Un test de situation satisfait au moins aux conditions suivantes :
 - 1. il ne peut avoir un caractère provoquant ; il doit se borner à créer l'occasion de commettre un fait punissable en reproduisant, sans excès, une scène de la vie quotidienne ;*
 - 2. il ne peut avoir pour effet de créer, renforcer ou confirmer une discrimination alors que la personne testée n'avait pas l'intention de commettre une telle discrimination ou souhaitait y mettre fin."*

6. Comme il ressort des développements du Projet et des lois anti-discrimination respectives, ces tests de situation peuvent prendre aussi bien la forme d'un test de récurrence que celle d'un test de comparabilité. Pour le test de récurrence, la présomption de discrimination est suscitée à l'aide d'éléments qui révèlent une certaine récurrence de traitement défavorable à l'égard de personnes partageant un critère protégé.¹ Pour le test de comparabilité par contre, la discrimination peut être démontrée au moyen d'éléments qui révèlent que la situation de la victime du traitement plus défavorable est comparable avec la situation de la personne de référence². En prouvant la comparabilité des situations dans lesquelles se trouvent les personnes traitées différemment, les facteurs qui n'ont rien à voir avec un critère protégé déterminé peuvent être éliminés, de sorte que la différence quant au critère protégé (par exemple le sexe, la race, l'orientation sexuelle) reste le seul facteur de comparaison pour la distinction de traitement.

7. L'auteur du Projet explique en outre que les méthodes de *mystery calling* et de *mystery shopping* font également partie de la notion de tests de situation. Actuellement, conformément à l'article 42/1 du Code pénal social, les agents de l'inspection sociale ont déjà la compétence, en vue de la recherche et de la constatation des infractions relatives à la législation anti-discrimination, de même qu'à ses arrêtés d'exécution, de se présenter comme des clients, des clients potentiels, des travailleurs ou des travailleurs potentiels, pour vérifier si une discrimination fondée sur un critère protégé a été ou est commise. L'Autorité souligne toutefois que cette compétence ne peut aucunement être comparée avec des *mystery calls* qui seront réalisés dans le cadre du Projet par des personnes privées ou des organisations. En effet, en ce qui concerne les compétences des inspecteurs sociaux, le Code pénal social offre suffisamment de garanties afin d'assurer le respect du RGPD et de la LTD. Une même garantie 'a priori' ne peut pas être considérée comme existante dans le cas présent.

8. Néanmoins, l'Autorité admet qu'en l'espèce, il incombe au juge d'apprécier souverainement la licéité et la fiabilité des éléments soumis par l'auteur du test de situation. Dès lors, le juge devra procéder à une pondération entre d'une part les droits et libertés de la personne concernée (notamment en ce qui concerne la protection des données) et d'autre part les intérêts de la personne qui veut prouver l'existence de la discrimination. En outre, l'Autorité constate que les modifications envisagées ne lèvent pas tant l'interdiction des tests de situation mais en confirment

¹ Voir par exemple l'article 28, § 2, 1° de la loi du 10 mai 2007 *tendant à lutter contre certaines formes de discrimination* et l'article 33, § 2, 1° de la loi du 10 mai 2007 *tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes*.

² Voir par exemple l'article 28, § 2, 2° de la loi du 10 mai 2007 *tendant à lutter contre certaines formes de discrimination* et l'article 33, § 2, 2° de la loi du 10 mai 2007 *tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes*.

plutôt l'utilisation potentiellement licite. En effet, la réalisation d'enregistrements secrets – une technique qui sera généralement nécessaire dans le cadre des tests de situation visés – n'est pas *ipso facto* considérée comme illicite dans la doctrine³. Le juge part pour ainsi dire du principe de la licéité de tels enregistrements ou extraits et apprécie ensuite le mode d'obtention. À cet égard, les éléments suivants peuvent être pris en considération :

- le caractère secret de l'enregistrement ;
- l'existence d'un litige entre les parties concernées au moment de la conversation ;
- la présence/l'absence de provocation (la discrimination ne peut être ni confirmée, ni renforcée suite aux actes de la personne qui réalise le test) ;
- la possibilité (ou l'impossibilité) d'apporter autrement la preuve de l'infraction alléguée.

9. La simple confirmation de la recevabilité des résultats d'un test de situation en tant qu'élément de preuve civile ne porte en soi pas préjudice à l'appréciation souveraine du juge. Il incombe dès lors au juge, et non à l'Autorité, d'apprécier dans chaque cas concret la licéité des éléments avancés (incluant la licéité du traitement de données à caractère personnel qui a éventuellement eu lieu).

PAR CES MOTIFS,

l'Autorité

n'a pas de remarques quant à la proposition de loi *visant à permettre des tests de situation en vue de lutter contre toutes formes de discriminations*.

(sé) Alexandra Jaspar

Directrice du Centre de Connaissances

³ Étant toutefois entendu qu'il doit s'agir de l'enregistrement de (télé)communications privées auxquelles la personne concernée participe elle-même.